

QUID NOVI ?

Le flash d'information des spécialistes de
la protection sociale complémentaire
N° 9 – Octobre 2013

www.cwassociés.com

LA DSS LIVRE SA NOUVELLE INTERPRÉTATION DU CARACTÈRE COLLECTIF ET OBLIGATOIRE

Caractère collectif et obligatoire des régimes de protection sociale : publication de la circulaire interprétant le décret du 9 janvier 2012

Dernier rebondissement en date d'un feuilleton débuté il y a 10 ans (Loi n°2003-775 portant réforme des retraites du 21 août 2003), le **décret n°2012-25 du 9 janvier 2012 (publié au JO du 11 janvier 2012)** devait préciser le **caractère collectif et obligatoire** des régimes de protection sociale complémentaire (conditions requises pour que le financement patronal de ces régimes soit exclu de l'assiette des cotisations sociales : voir *Quid Novi ?* n° 4 du mois de janvier 2012 disponible sur notre site internet www.cwassociés.com). Ce décret a soulevé de nombreuses questions auxquelles l'administration tente aujourd'hui de répondre.

Consciente de la tardiveté de la publication de cette circulaire, la DSS accorde un délai supplémentaire aux entreprises – **jusqu'au 30 juin 2014** – pour adapter, si nécessaire, les régimes existants.

La nouvelle circulaire DSS 2013/344 du 25 septembre 2013 se présente comme une modification de la circulaire n°2009/32 du 30 janvier 2009 relative aux modalités d'assujettissement aux cotisations sociales des contributions des employeurs destinées au financement des prestations de retraite supplémentaire et de prévoyance complémentaire. La nouvelle circulaire réécrit entièrement les **fiches n°5 et 6** de la circulaire du 30 janvier 2009 relatives respectivement au caractère collectif et au caractère obligatoire, et actualise les fiches n°1, 2 et 9. L'administration a mis en ligne une version consolidée de la circulaire 2009/32 ainsi modifiée à l'adresse suivante : <http://www.securite-sociale.fr/Regime-social-de-la-protection-sociale-complementaire>.

Cette nouvelle circulaire apporte plusieurs précisions utiles d'autres plus contestables, mais les entreprises pourront en retenir le meilleur sachant qu'une telle circulaire n'est opposable qu'aux Urssaf et non aux cotisants.

1. PROLONGATION DE LA PERIODE TRANSITOIRE

Le décret du 9 janvier 2012 prévoit une période transitoire pour les régimes existants qui bénéficiaient à sa publication des exonérations de cotisations de sécurité sociale, laissant aux entreprises jusqu'au 31 décembre 2013 pour se mettre en conformité.

La circulaire du 25 septembre prolonge cette période jusqu'au 30 juin 2014.

Cette période transitoire bénéficie aux régimes mis en place antérieurement à la publication du décret du 9 janvier 2012, y compris lorsqu'ils ont été modifiés entre janvier 2012 et la date de publication de la circulaire, sous réserve qu'ils restent conformes à la circulaire du 30 janvier 2009.

Pour les entreprises qui auraient anticipé les dispositions du décret du 9 janvier 2012, il est prévu que le bénéfice des exonérations ne sera pas être remis en cause pour le passé.

2. CARACTERE COLLECTIF DU REGIME

2.1. Les critères objectifs de définition des catégories

Avant de résumer les principales précisions apportées par la DSS, notons qu'elle confirme que **ces critères peuvent être combinés**.

■ Précisions sur les critères

1°) L'APPARTENANCE AUX CATEGORIES DE CADRES ET DE NON-CADRES DEFINIES PAR REFERENCE A LA CONVENTION AGIRC

La DSS confirme que ce critère permet *a contrario* de définir une catégorie de salariés non-cadres ne relevant pas de l'AGIRC. En revanche, elle semble exclure que les assimilés cadres au sens de l'article 4 bis de la convention AGIRC, ou les non cadres affiliés à l'AGIRC en application de l'article 36 de l'annexe I à cette convention puissent constituer ensemble ou isolément des catégories.

La DSS précise qu'un acte visant des catégories « cadres » et « non cadres » sans autre précision, n'a pas besoin d'être modifié dès lors que les catégories visées sont respectivement les cadres au sens de l'article 4 de la convention AGIRC et l'ensemble des ouvriers, employés, techniciens et agents de maîtrise.

2°) LES TRANCHES DE REMUNERATION FIXEES POUR LE CALCUL DES COTISATIONS AUX REGIMES DE RETRAITE COMPLEMENTAIRE

Il s'agit des tranches 1/A, 2, B ou C : la tranche de rémunération supérieure à la tranche C n'est pas admise comme permettant de définir une catégorie de salariés.

En revanche à titre de tolérance, une catégorie objective pourra couvrir les salariés dont la rémunération est inférieure ou supérieure à deux fois le plafond de la sécurité sociale.

Pour les entreprises qui relèvent d'autres régimes complémentaires de retraite (IRCANTEC, CNBF, CAVEC) la référence aux tranches de rémunération qui leurs sont applicables est permise.

3°) L'APPARTENANCE AUX CATEGORIES ET CLASSIFICATIONS PROFESSIONNELLES DEFINIES PAR LES CONVENTIONS DE BRANCHE OU LES ACCORDS PROFESSIONNELS OU INTERPROFESSIONNELS

La DSS confirme sa position jusqu'ici non-écrite selon laquelle ce critère vise le premier niveau des classifications.

4°) SOUS-CATEGORIES FIXEES PAR LES CONVENTIONS COLLECTIVES

Il s'agit des niveaux inférieurs à ceux visés au 3°, dès lors qu'ils correspondent à une définition (selon les

conventions collectives, un coefficient peut ainsi être exclu).

5°) L'APPARTENANCE AUX CATEGORIES DEFINIES CLAIEMENT ET DE MANIERE NON RESTRICTIVE A PARTIR D'USAGES EN VIGUEUR DANS LA PROFESSION

La DSS rappelle le caractère cumulatif des conditions de constance, de généralités et de fixité pour apprécier l'existence d'un usage.

■ La liste des critères est limitative... sauf exceptions

La DSS précise que ces cinq critères permettant de définir une catégorie de bénéficiaires sont limitatifs.

Pour autant, la circulaire ouvre la porte à d'autres critères :

- En premier lieu, la DSS, confirmant sa position de 2009, rappelle que le caractère collectif s'apprécie au niveau de l'entreprise **ou « au niveau de l'établissement »** dès lors que le régime est institué par accord d'établissement ;
- En deuxième lieu, la DSS admet des catégories définies par rapport à **certaines situations nées de la loi ou de conventions collectives** (rattachement à un régime légalement ou réglementairement obligatoire – ex. : Alsace-Moselle ou régimes spéciaux ; catégories issues d'une convention ou d'un accord collectif de branche ou interbranches – ex. : intermittents du spectacle, pigistes, personnels permanents et intérimaires des entreprises de travail temporaire ; travailleurs à domicile lorsque la convention collective prévoit des dispositions spécifiques ; VRP ; salariés détachés à l'étranger) ;
- En troisième lieu, la DSS admet la possibilité de maintenir des régimes distincts (« **groupes fermés** ») en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur (on notera l'abandon du terme incorrect de « fusion ») pendant des périodes variant selon la source juridique de ces régimes (accord collectif, référendum ou décision unilatérale). Saluons cet alignement du droit de la sécurité sociale sur le droit du travail.

■ Mandataires sociaux

La DSS **distingue** plus clairement la situation des **mandataires sociaux titulaires d'un contrat de travail** (qui peuvent bénéficier des régimes de protection sociale complémentaire en qualité de salarié) **de celle des mandataires sociaux non-titulaires d'un contrat de travail** mais assimilés à des salariés en application de

l'article L.311-3 du code de la sécurité sociale. Ces derniers peuvent bénéficier des régimes de protection sociale des salariés sur décision de l'organe compétent (décision à tenir à disposition des Urssaf) et bénéficiaire, le cas échéant, des exonérations s'ils remplissent les critères retenus (à défaut, les contributions versées pour leur compte ne bénéficieront pas des exonérations, sans que le caractère collectif du régime des salariés soit remis en cause pour autant).

La DSS rappelle qu'en tout état de cause les mandataires sociaux ne constituent pas, en tant que tels, une catégorie objective.

■ Critères liés au temps de travail, à la nature du contrat, à l'âge ou à l'ancienneté du salarié

Le recours à ces critères est interdit par le décret (sauf dérogation pour l'ancienneté). La DSS admet néanmoins :

- que le versement des prestations soit conditionné à un âge minimal du salarié lorsque ce critère est en rapport direct avec l'objet même de la garantie (retraite, rente de conjoint) ;
- qu'il soit fait usage du critère d'âge ou d'un critère afférent à la date d'embauche, dans le cadre d'un régime de retraite à cotisations définies remplaçant un régime préexistant en cours de fermeture (reprise de la circulaire du 30 janvier 2009).

On peut noter que la DSS ne se prononce pas sur l'articulation de la condition d'ancienneté admise par le décret et la future obligation de couverture de l'ensemble des salariés issue de la loi de sécurisation de l'emploi.

2.2. La présomption de situation identique

Selon le décret du 9 janvier 2012 une catégorie définie suivant l'un des critères rappelés ci-dessus doit permettre « de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées ».

Pour certains risques et certains critères, cette condition :

- est présumée satisfaite (ce que la DSS désigne comme le « **Cadre général** ») ;
- ou doit au contraire être justifiée par l'employeur (ce que la DSS désigne comme les « **Cadres particuliers** »).

Certaines situations n'entrent dans le Cadre général que dès lors que tous les salariés sont couverts pour les mêmes risques : la DSS précise que le niveau des garanties n'a pas en revanche à être identique.

Pour les Cadres particuliers, la DSS donne, à travers des exemples, quelques indications sur les justifications

pouvant être apportées (éléments statistiques, comparatif).

La DSS précise que cette justification devra également être apportée dans les cas où des catégories, non visées par la liste des critères, sont définies par rapport aux situations nées de la loi ou de dispositions conventionnelles spécifiques telles que rappelées plus haut.



Nous maintenons notre recommandation de formaliser, en tout état de cause, dans l'acte fondateur du régime (décision unilatérale, accord collectif ou référendum) les raisons pour lesquelles les garanties sont réservées à la catégorie bénéficiaire concernée.

■ Une présomption simple

La DSS précise que le caractère collectif peut dans tous les cas être remis en cause s'il s'avère que les catégories mises en place ont pour objectif d'accorder un avantage personnel. Il incomberait alors à l'Urssaf d'en apporter la preuve.

2.3. Principe d'uniformité des garanties et des contributions

L'identité des garanties et des contributions s'apprécie par catégorie. Ainsi, l'appréciation du caractère collectif s'apprécie en tenant compte de l'ensemble des actes juridiques applicables. De même, un dispositif peut prévoir des garanties et des cotisations qui varient en fonction de catégories définies conformément au décret du 9 janvier 2012 : par exemple, les garanties ou les contributions d'un régime institué au bénéfice des cadres au sens de l'article 4 de la convention AGIRC peuvent varier en fonction des tranches de rémunération.

S'agissant des contributions, la DSS apporte les précisions suivantes :

- Le décret permet à l'employeur de prendre en charge la cotisation salariale des salariés à temps partiel ou des apprentis, dès lors que leur contribution représente au moins 10% de leur rémunération brute : la DSS précise que ce seuil s'apprécie en faisant masse de l'ensemble des régimes de protection sociale applicables ;
- Bien que ces aménagements ne soient pas prévus par le décret, la DSS admet qu'une contribution puisse comporter une part forfaitaire et une part proportionnelle ; qu'elle puisse se voir associer un plancher et/ou un plafond ; qu'elle puisse être calculée par différence entre un montant forfaitaire et un montant de contribution salariale calculé en pourcentage de la rémunération.

3. CARACTERE OBLIGATOIRE DU REGIME

3.1. Dispenses

Le décret du 9 janvier 2012 a prévu plusieurs cas de dispense d'adhésion qui varient selon la nature de l'acte de mise en place et les garanties.

La DSS rappelle que les dispenses d'adhésion doivent être expressément **prévues dans l'acte juridique à l'origine du régime ou dans les actes modificatifs ultérieurs**.

On notera que cette condition de forme figure désormais expressément au sein du Code de la sécurité sociale. Les entreprises ne devraient pas ainsi pour se prévaloir de la jurisprudence rendue récemment par la Cour de cassation, selon laquelle, sous l'empire de la réglementation antérieure au décret du 9 janvier 2012, la mention de la ou des dispenses au sein de l'acte juridique – qui résultait alors de la seule circulaire du 30 janvier 2009 – ne peut constituer une condition d'exonération faute de texte en ce sens (Civ. 2^{ème} 19 septembre 2013 n°12-22591).

- **Cas de dispense n°1** : salariés embauchés avant la mise en place d'un dispositif par décision unilatérale

La DSS tire les conséquences de l'application de l'article 11 de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 et de la jurisprudence et admet qu'il n'est pas nécessaire de préciser dans une décision unilatérale, la faculté, pour les salariés, de refuser l'adhésion à un régime comportant une cotisation salariale.

La DSS rappelle qu'un salarié peut également exercer ce droit dans le cadre d'un transfert d'entreprise (Cass. soc. 4 janvier 1996, n°92-41885).

La DSS précise enfin que cette dispense peut également jouer lors de la modification d'un régime institué par décision unilatérale lorsque cette modification consiste à introduire une cotisation salariale.

- **Cas de dispense n°2** : salariés en CDD ou à temps partiel et apprentis (accord collectif et referendum).

La DSS précise que ce cas de dispense d'affiliation pourrait être étendu au régime mis en place par décision unilatérale par un futur décret pris en application de la loi de sécurisation professionnelle qui prévoit la généralisation des couvertures santé.

- **Cas de dispense n°3** : bénéficiaires de la CMU-C ou de l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé et salariés couverts par ailleurs à titre obligatoire, y compris en tant qu'ayant-droit

La DSS précise qu'un salarié affilié au régime de son employeur qui se trouve couvert par ailleurs à titre obligatoire peut faire valoir sa dispense. Ceci laisse supposer que les aller-retour de salariés dans le régime d'entreprise dans le cadre de cette dispense ne remettent pas en cause le caractère obligatoire du régime.

3.2. Ayants-droit

La DSS revient sur la situation des ayants-droit et plus particulièrement sur celle des couples travaillant dans la même entreprise. Reprenant sa position exprimée en 2009, la DSS admet que, lorsque l'adhésion des ayants-droit est obligatoire, l'un des membres du couple peut adhérer en propre, l'autre en qualité d'ayant-droit. Lorsque l'adhésion de l'ayant-droit est facultative, les salariés ont le choix de s'affilier ensemble ou séparément.

La DSS ne précise pas si ces particularités doivent être prévues dans l'acte instituant le régime ou sont de droit. La prudence recommande de le prévoir expressément.

VOS CONTACTS

Elisabeth GRAUJEMAN

elisabeth.graujeman@cwassocies.com

Yoan BESSONNAT

yoan.bessonnat@cwassocies.com

Benoit DORIN

benoit.dorin@cwassocies.com

Aurélien JEANMAIRE

aurelie.jeanmaire@cwassocies.com

